

A PENA DE MORTE E A CODIFICAÇÃO PENAL BRASILEIRA

Alberto José Tavares Vieira da Silva *

O presente trabalho visa a fornecer elementos para a justa análise da proposta de reimplantação da pena de morte no Brasil. Inicialmente, a título propedêutico, apontam-se a origem, a razão de ser, o conceito e a classificação das penas. Enfoca-se, a seguir, a evolução do sistema penal patricio, expressão dos valores sociais consagrados ao longo do tempo. Mereceu especial cuidado o estudo de nova reforma penal que pode incorporar a pena capital no seu elenco de sanções, com o propósito de enfrentar o problema da violência. Finalmente, projeta-se uma visão do futuro partindo-se da crítica ao sistema penal vigente, com ênfase no instituto da prisão e se pretende demonstrar a inadequabilidade da pena de morte, entre nós, em face do caráter nacional.

1. Introdução

O estudo do Brasil não pode ignorar os aspectos mais relevantes da ordem jurídica, reflexo do caleidoscópio de valores que formam a alma nacional.

A segurança individual, direito do cidadão e dever constitucional do Estado, sofre graves e reiteradas agressões com o vertiginoso aumento da criminalidade, especialmente a violenta.

A Escola Superior de Guerra, foro qualificado de debates dos mais graves problemas nacionais, cria uma esfera de estímulo para o estudo do que se refere ao binômio desenvolvimento e segurança.

Anelados por esse ideal, não poderíamos ficar silentes, quando nos quadros do País estronda o coro de protestos e pedidos de providências, parti-

* Primeiro Juiz-Presidente do TRF — 1ª Região.

do de uma população indefesa e acuada por uma avalanche infrene de violência.

A reação que se esboça empolga o vexilo rubro da pena de morte, erguido sem que se examinem a fundo os seus matizes e a graveza de suas conseqüências.

Neste trabalho, dentro das naturais limitações, buscamos o enfrentamento do assunto partindo da origem das penas e considerando outros dados que levam a compreender a razão de ser das mesmas.

Na firme convicção de que a História continua sendo *a mestra da vida*, volvemos as vistas para o Brasil, desde a descoberta, passando em revista as práticas penais e as concepções que as presidiam.

O estudo da situação do atual sistema de penas conduz à insofismável conclusão acerca de sua debilidade, induzindo mudanças urgentes, que têm como nau capitânea a pena extrema.

Examinando-se os mais importantes e variegados aspectos do castigo total, tão velho quanto a Sé de Braga, chega-se à conclusão desapaixonada de sua inutilidade pedagógica.

Constitui ilusão de ótica considerar a pena como remédio contra a causalidade criminógena, deixando à margem o combate às causas remotas, através de medidas assistenciais exigidas pela estrutura social.

Afinal de contas, superados os estágios civilizatórios mais primitivos da humanidade, quando o homem passa a ser o centro de todas as cogitações, menos queira pensar na morte da pena para mais pensar na pena de morte.

2. As Penas

2.1 — Origem

A partir do momento em que o primeiro ser humano entrou em contato com o seu semelhante, estava selado o destino de viver em sociedade.

A noção do bem e do mal, valores eternos e universais, naturalmente assimilados pelos integrantes desses primeiros organismos sociais, ditou o surgimento de regras disciplinadoras das inter-relações individuais. Emergia, dessarte, a idéia de ordem, reclamo basilar da harmonia social.

A desobediência aos princípios que a instituíam fazia germinar a ilicitude, acarretando para o transgressor a imposição de um castigo. Eis a expressão mais simples do aparecimento do Direito, do crime e da pena.

Sustenta-se, também, a versão que empresta origem sacral às penas. O inexplicável desencadeamento de forças ininteligentes da natureza, consideradas pelos homens primitivos como manifestação de cólera de divindades encar-

nadas em animais, vegetais ou mesmo em meros objetos — os chamados totens — explica uma singular teoria das penas e das recompensas.

A concepção dos totens, coexistente com a dos tabus, legitimava o sacerdote que representava, ao mesmo tempo, a expressão maior do poder divino e humano como aplicador de castigos coletivos infligidos para desagravar supostas ofensas às divindades.

A responsabilidade grupal assim estabelecida dependia da averiguação de culpa — se é que de culpa se pudesse cogitar.

A simples causação de um resultado danoso, no dealbar das idéias penais, autorizava a imposição de castigos, não apenas contra pessoas, mas, igualmente, tendo como destinatários animais, elementos da natureza e até simples objetos.

Registra a História que Xerxes I pretendeu formar uma ponte flutuante com as suas embarcações, para transpor o Helesponto e dominar a Grécia. Súbita tempestade, porém, obstaculizou tal empresa.

Irresignado com o que julgara afronta a sua autoridade, o monarca ordenou que as águas fossem chibateadas e marcadas com ferro candente.

Com maior rigor científico, os cronistas do Direito Penal costumam apontar quatro clássicas fases da pena: a vingança privada, a vingança divina, a vingança pública e o período humanitário.

No período da vingança privada, a pena é lídima expressão da vingança pessoal do ofendido contra o ofensor, sem que a ofensa revidada guardasse qualquer proporcionalidade com a recebida.

A vingança privada propriamente dita só se caracterizou quando os grupos sociais a que ofendido e ofensor pertenciam entravam ao lado deles na luta.

Os efeitos desses entreveros levavam, às vezes, ao aniquilamento de um desses grupos; daí o surgimento do talião, que preconizava a proporcionalidade entre a ofensa e a reação exercitada, segundo o conhecido refrão do «olho por olho, dente por dente». O Pentateuco, entre outras legislações antigas, adotou esse princípio.

Ainda nesse período, ganhou corpo a composição que consistia na compra feita pelo ofensor ou à sua família do direito de retorsão.

A vingança divina caracteriza o chamado Direito Penal teocrático. O crime constitui ofensa à divindade, e a pena, a cargo dos sacerdotes, era um desagravo e veículo de purificação da alma do criminoso.

A legislação penal da Índia, da China e do Egito emprestou cunho de religiosidade às respectivas codificações.

Já no período da vingança pública, o crime passa a ser encarado como gravante a soberano, e a pena, geralmente cruel, tem por escopo não apenas punir o criminoso, mas exercer um efeito de intimidação.

Os germânicos, que compartilharam dessas idéias, desenvolveram no rol de suas penas o *Wehrgeld* (indenização do dano); a *Busse* (compra do direito de vingança); a perda da paz e o preço do sangue.

O direito canônico seguiu a mesma orientação e cuidou do direito de asilo, entre os seus institutos, que, ao lado de penas rigorosíssimas, visava à salvação da alma do criminoso.

A pena de morte era profusamente adotada nas três fases acima descritas.

A publicação do opúsculo *Dos Delitos e das Penas*, em 1764, pelo nobre milanês Cesare Bonesana, Marquês de Beccaria, sinalou o período humanitário preconizando a suavização dos rigores penais e a abolição da pena de morte.

Beccaria bateu-se contra o confisco e as penas infamantes. No rol de suas principais recomendações destacam-se: a publicidade das penas, a sua proporcionalidade em relação ao crime e a pronta aplicação.

As idéias penais do nobre milanês, calcadas no Iluminismo, encontraram eco na Declaração dos Direitos do Homem e motivaram a abolição da pena de morte em alguns países.

2.2 — Fundamentos e fins

Os fundamentos e fins da pena são explicados por três grupos de teorias: as absolutas ou retribucionistas, as relativas ou utilitárias e as mistas ou ecléticas.

As teorias absolutas vislumbram na pena um impostergável reclamo da Justiça. A punição decorre exclusivamente da prática do crime, sem que se lhe atribua qualquer finalidade a não ser a de castigar quem obrou contra a lei.

O dogma das teorias retributivas está contido no apotegma: *punitur quia peccatum est*. O crime constitui um mal injusto que autoriza a imposição do mal justo da pena.

A natureza da retribuição divide os adeptos do retribucionismo em torno de um caráter divino, moral ou jurídico.

A teoria da retribuição divina sustenta que o Estado é uma criação de Deus, e o crime constitui ofensa à lei suprema, devendo a pena reafirmar o predomínio do Direito.

Kant, corifeu da teoria da retribuição moral, considerava a pena como imperativo categórico. O filósofo de Königsberg defendia a inexorabilidade extremada da punição. Assim, se um homem cometesse um crime, e a sociedade a que ele pertencesse estivesse prestes a se dissolver, antes era preciso operar a apenação do culpado, pois quem mata deve morrer.

O retributivismo jurídico encontrou em Hegel o mais expressivo panegirista, quando afirmou que o crime, aparentemente, destrói o Direito e só pode ser reconstituído pela pena.

Enquanto as teorias absolutas consideram a pena um fim em si mesma, as teorias relativas lhe atribuem um fim prático: a prevenção geral ou especial.

A pena se entremostra como necessidade social visando a evitar as práticas criminosas: *punitur ut ne peccetur*.

Não são unívocas as opiniões quanto à maneira de se materializar a função preventiva da pena, daí as diversas teorias relativas.

J. J. Rousseau, autor da teoria contratualista, afirma que o Contrato Social visa a preservar os contratantes, e cada um destes, ao firmá-lo, renuncia a parte de sua liberdade em benefício do grupo. O homicida, para ele, está sujeito à pena de morte que colima salvaguardar o pacto assinado.

A teoria da prevenção mediante a coação psíquica, de Anselm Von Feuerbach, apregoa que a coação física é ineficaz, e a coação moral deve funcionar como ameaça genérica dirigida a todos da sociedade que, antecipadamente, saberão que a ação criminosa sobrevirá a pena abstratamente prevista na lei.

Ao contrário dessa tese, a teoria da prevenção particular preconiza que a atuação preventiva deve recair sobre sujeito determinado, porque a prevenção geral não tem eficácia contra a ilicitude penal.

Coube a Gian Domenico Romagnosi formular a teoria da defesa indireta, segundo a qual dentro de cada indivíduo atuam impulsos criminosos — *spinta criminale* — funcionando a pena como contra-impulso delinqüencial — *contra spinta*.

O ilustre penalista italiano afirmou que se após a prática de um crime tivéssemos a certeza de que o agente não voltaria a delinqüir, não seria lícito puni-lo; entanto, a impossibilidade da certeza autoriza a apenação.

As teorias ecléticas proclamam a natureza retributiva da pena, o seu aspecto moral, a que se somam os aspectos preventivos, corretivos e educativos, segundo extraímos dos ensinamentos do penalista Licínio Barbosa.

Sob o lema *punitur quia peccatum est et ut ne peccetur* alinham-se as teorias mistas. Uma das mais autênticas e bem elaboradas entre elas foi produzida por Merkel, que acha ser a pena necessária quando as demais sanções são insuficientes para assegurar a soberania do Direito, aduzindo que não há antinomia entre retribuição e prevenção, já que naquela encontramos uma tendência preventiva.

Qual das três correntes fundamentais — absolutas, relativas e mistas — melhor justifica o fim da pena?

Considere-se, preliminarmente, que a lei penal não cuida expressamente de matéria que tal, parecendo que as discussões ao derredor do tema cingem-se ao campo teórico, sem qualquer interesse prático.

Não é verdade. As doutrinas oferecem soluções e inspiram o legislador penal na criação, ab-rogação ou derrogação das leis.

O aproveitamento dos conceitos doutrinários em qualquer dessas atividades depende de vários fatores, principalmente da captação dos valores e anseios da sociedade. Em outras palavras, a melhor doutrina é aquela cujos termos mais se ajustam à realidade.

Eleger a vingança, ao molde do talião, como fim da pena, ao sabor de exacerbado retributivismo, redundaria em retroceder aos tempos da barbárie penal.

As teorias mistas se impuseram na atualidade, em razão de atribuírem à pena o caráter retributivo e preventivo.

A pena continua a ser encarada como um mal imposto pelo Estado ao criminoso, que assim a considera, independentemente de qualquer outra finalidade, por mais nobre que seja, que se lhe pretenda atribuir.

Constitui até um mal para o próprio Estado que a estabelece, porque o patrocínio de sua aplicação requer a implementação de uma série de providências materiais bastante onerosas, como, por exemplo, a despesa com a manutenção do próprio condenado.

Por outro lado, tanto a prevenção particular, quanto a geral, com vistas à reeducação ou ressocialização do condenado, constituem a tônica das legislações hodiernas.

Não resta dúvida de que o Código Penal nacional abraçou a orientação eclética ao considerar, quando da fixação da pena, que ela seja necessária e suficiente para a reprovação e prevenção do crime, conforme cogita o art. 59 do diploma em apreço.

A chamada pena programática adotada pelo nosso estatuto codificado penal e os termos da Lei da Execução Penal deixam por demais nítida a finalidade de mista emprestada à pena privativa da liberdade, no Brasil.

2.3 — Conceito e classificação

A pena constitui o meio usual mais empregado no combate ao crime e tem sido definida de variegadas maneiras, de acordo com as tendências a que se subordinam os autores, adeptos das várias Escolas Penais, desde a mais antiga, a denominada Escola Clássica, até a mais atual, a Escola Neodefensista.

No nosso entender podemos defini-la:

Pena é a sanção prevista em lei, julgada necessária à reprovação e prevenção de um ilícito penal, aplicada pelo Estado contra um agente imputável.

Consideramos, dessarte, a estrutura anatômica da pena:

a) decorrência de um ilícito penal — *crime ou contravenção* — em virtude da impossibilidade de sua existência como ente autônomo;

b) submissão ao princípio constitucional da reserva legal que rege o ilícito penal e a sanção;

c) o caráter intangível de castigo e a dúplice função preventiva que exerce sobre o delinqüente e a sociedade como um todo;

d) a exclusiva aplicação por parte do Estado, único titular do direito de punir;

e) a indicação do destinatário, um autor imputável, ou seja, alguém capaz de entender e querer.

Os critérios de classificação das penas são por demais variados, porém um dos mais usuais considera os bens jurídicos atingidos. Temos então:

a) as penas corporais, que recaem diretamente sobre o corpo do agente suprimindo-lhe a vida ou afetando-lhe a integridade física. Incluem-se nessa categoria a pena de morte e a amputação de partes do corpo;

b) as privativas da liberdade que enclausuram o condenado, como as penas de reclusão, detenção e prisão simples;

c) as restritivas da liberdade que limitam, no espaço, o direito de ir e vir, como o exílio local e a liberdade vigiada, que não são adotadas entre nós;

d) as penas pecuniárias que atingem o patrimônio do agente, como a multa e o confisco. A primeira, com ampla aplicação, recomendada aos delitos de menor gravidade, com o propósito de evitar o contato deletério, no cárcere, de pessoas não definitivamente corrompidas com criminosos irrecuperáveis, bem como em razão da dificuldade de vagas nos presídios;

e) as penas privativas de direito, como a suspensão do pátrio poder, a proibição de exercer arte, ofício ou profissão e a morte civil, que acarretava a perda de todos os direitos civis e políticos do indivíduo, abrindo-se-lhe inclusive a sucessão.

2.4 — As medidas de segurança

As penas se mostraram ineficazes para atingir os fins a que se destinam em relação ao fenômeno da periculosidade ou perigosidade criminal, ou seja, a natural proclividade de certas pessoas para a prática das ilicitudes penais que caracterizam um permanente estado de anti-sociabilidade.

Quem primeiro deu atenção ao assunto foi o italiano Rafael Garofalo, um dos pilares da Escola Positiva, que falou em temibilidade como negação aos sentimentos médios de piedade e probidade.

A construção aprimorada do positivismo jurídico levou à identificação da periculosidade criminal e das medidas de segurança como terapêutica adequada para erradicá-la.

O nosso Código Penal de 1940 que, como afirmou o Ministro Francisco Campos, na Exposição de Motivos, *acende uma vela para Carrara e outra pa-*

ra Ferri, partilhando dos aportes sugeridos pelas Escolas Clássica e Positiva, acolheu o instituto da periculosidade e o considerou como relevante.

Críticos não faltam no sentido de identificar uma espécie de código da periculosidade e das medidas de segurança no Código Penal derogado.

Sob a égide do regime anterior, as medidas de segurança podiam ser aplicadas juntamente com as penas, em relação aos semi-imputáveis e aos imputáveis julgados perigosos e isoladamente aos inimputáveis.

A alteração da Parte Geral do Código de 1940 modificou profundamente os capítulos que tratam da periculosidade e das medidas de segurança, que ficaram extremamente resumidas adotando, em síntese, a seguinte orientação: pena para os imputáveis e medida de segurança para os inimputáveis.

As louvações feitas ao novo sistema não são generalizadas. Em verdade, na presente quadra da vida social, eliminar a possibilidade de reconhecer a existência de periculosidade em criminosos imputáveis, ou mesmo considerar a periculosidade sem crime são posições que, *data venia*, não se coadunam com uma boa política criminal.

Diga-se, *en passant*, que é indisfarçável a preocupação do legislador reformista em eliminar a expressão periculosidade criminal.

O novo caminho sufragado pelo legislador não merece nossos modestos aplausos. De qualquer sorte, penas e medidas de segurança são as sanções ainda vigentes no Código Penal pátrio.

3. A Legislação Penal Codificada

3.1 — Direito Penal Comum e Direito Penal Especial

A compreensão das expressões Direito Penal Comum e Direito Penal Especial é divergente; no entanto, endossamos a opinião no sentido de que a caracterização do conteúdo dessas expressões deve ser feita considerando a natureza dos órgãos judiciários aplicadores da norma legal.

Se o órgão aplicador integra a Justiça Especial, a norma compõe o universo do Direito Penal Especial, e se o órgão é da Justiça Comum, tem-se uma norma de Direito Penal Comum.

Fulcrado nesse entendimento, o Direito Penal Comum se subdivide em: Direito Penal codificado e Direito Penal extravagante.

O Direito Penal codificado está contido no Código Penal que se subdivide em Parte Geral, composta de normas não incriminadoras, aplicáveis genericamente a todos os crimes; e Parte Especial, na qual são arroladas as condutas criminosas com as penas correspondentes.

Todas as demais leis penais que vagam fora do Código — por isso chamadas extravagantes — objetivam complementá-lo e informam o Direito Penal extravagante.

O objeto principal do presente estudo está centrado no Direito Penal codificado em cujo contexto pretendem, não poucos, inserir a pena de morte como espécie de tábua de salvação contra a alarmante onda de violência que coloca em risco a paz social.

3.2 — O enfoque histórico das codificações

O conhecimento dos problemas que afligem uma sociedade e as alternativas para solucioná-los não devem ser enfocados à luz da simples visão da atualidade.

A análise retrospectiva se impõe ao considerarmos que os costumes e valores de um povo não se formam da noite para o dia, mas constituem a estratificação lenta de sua vida pretérita. O hoje nada mais é do que o somatório do passado e a antevisão do amanhã.

As regras de Direito representam a consolidação dos valores culturais de um povo, e para bem compreendê-las é preciso recorrer à História, que continua sendo a *mestra da vida*.

As considerações ora expendidas alicerçam a convicção da necessidade de examinarmos as codificações do passado com o elenco das penas respectivas e confrontá-las com a legislação vigente, com vistas ao enfrentamento do assunto mais discutido na sociedade atual: a institucionalização da pena de morte no Brasil.

Há que se levar em conta, na análise desse problema, a crescente escalada da violência rural e urbana no País e a necessidade de se restaurar a paz social, sem preconceitos ou passionalismos exacerbados, a fim de evitarmos mal maior.

3.2.1 — O Direito Penal indígena

A carência de dados etnográficos a respeito dos indígenas brasileiros impede uma visão a respeito de seus costumes, linguagem e instituições. Não é correto visualizá-los à luz do modo de ser civilizado procurando enquadrar seus modos aos nossos, como pretendem alguns.

Encontram-se espalhadas, no território nacional, inúmeras tribos, com tipos físicos, línguas e costumes diferentes, o que evidencia a inexistência de um tipo único de índio entre nós.

Segundo Assis Ribeiro, em sua excelente *História do Direito Penal Brasileiro*, vol. I, pág. 24, Couto Magalhães agrupou três tipos físicos diferentes entre os índios brasileiros:

- 1º o índio escuro, grande;
- 2º o índio mais claro, de estatura mediana;
- 3º o índio mais claro, de estatura pequena, peculiar à bacia propriamente dita do Amazonas.

Depreende-se desse asserto ser difícil afirmar que o nosso indígena é originário de um mesmo lugar, até porque várias teorias se debatem no sentido de esclarecer a indagação. Opiniões díspares apontam o índio do Brasil como originário da África, da Austrália, da Polinésia e até da Ásia.

Não podemos negar a existência de normas penais entre os silvícolas, o que não importa afirmar a vigência de um Direito Penal cientificamente sistematizado, mesmo porque o estágio civilizatório dos índios correspondia à idade da pedra polida. Inexistindo uma escrita, o regramento penal era fruto das tradições e costumes vigorantes.

Tomando-se por base a nação tupi-guarani, a mais conhecida de todas, segundo o já citado Assis Ribeiro, à pág. 26 de sua obra, poderemos indicar os pontos cardeais da consciência penal daqueles indígenas.

O adultério se inscrevia entre os crimes mais graves e era punido com a pena de morte, salvo hipótese excepcional relatada nos seguintes termos pelo Padre Anchieta:

«se a mulher cai em adultério, o marido mata-a; se porém esta, evadindo-se das mãos do marido foge para a casa do principal, é recebida benignamente e conservada por este até que se abraça a cólera do marido e ele se aplaque» (*Cartas Jesuitas III* — Publicação da Academia Brasileira de Letras, apud Gonzaga, João Bernardino, *O Direito Penal indígena*, São Paulo, Max Limonad, pág. 48)

Quando o adultério era praticado pelo homem não se cogitava de apenação. Registre-se que o adultério feminino era muito raro. O defloramento não era considerado crime. O rapto de mulher constituía crime punido exemplarmente com a pena de morte.

A ofensa era julgada de suma gravidade e ocasionava a guerra, quando o raptor e a raptada eram de tribos diversas.

O homicídio, ação perturbadora da tranquilidade das coletividades indígenas, era apenado com a morte do autor executada pelos parentes da vítima.

O crime de homicídio, considerado ofensivo ao direito da comunidade, legitimava a intervenção de todos na execução do criminoso.

A lesão corporal, também considerada ofensa à comunidade, submetia o criminoso a lesão idêntica à causada, cabendo a retorsão aos membros da família do ofendido. Acaso o ferido viesse a morrer em decorrência da lesão recebida, o autor pagaria com a morte.

Há quem assegure a inexistência de furto entre os índios, em razão de as coisas serem comuns aos membros da tribo.

Contrariamente encontram-se alusões à incriminação dessa conduta que ficava sujeita à pena de açoites.

A traição e a covardia eram crimes de suma gravidade, e a punição, invariavelmente, era a aplicação da pena capital.

Observamos que os indígenas atribuíam elevado valor à paz social, à vida, à integridade física e à honra, entre outros bens.

Observa-se, ainda, que a pena predominante era a de morte, aplicada pelos familiares da vítima ou por todos da tribo, caso o crime fosse considerado uma ofensa coletiva.

A vingança privada, a vingança pública e o talião mereceram acolhida no contexto desse rudimentar Direito Penal, que não foi respeitado nem levado em conta pelos colonizadores.

O índio, perante o Código Penal vigente, pode ser enquadrado como inimputável ou semi-imputável em face do seu deficiente grau de desenvolvimento mental, e só na hipótese de possuir plena capacidade de entendimento é-lhe atribuída irrestrita responsabilidade penal.

3.2.2 — As Ordenações do Reino

Descoberto o Brasil e desconsiderado o incipiente Direito Penal indígena, o colonizador português implantou, de logo, sua legislação que, em matéria penal, vigorou de 1500 a 1830.

À época do descobrimento, vigoravam em Portugal as Ordenações Afonsinas, compilação das inúmeras leis nacionais feita com o intuito de esclarecer quais as vigentes ou não na Corte e no resto do País, assim como fixar o exato campo de aplicação dos direitos canônico e romano.

As Ordenações Afonsinas possivelmente teriam sido concluídas no segundo semestre de 1446 ou no primeiro de 1447. Não se sabe, ao certo, a data da vigência desse diploma, pois grandes eram as dificuldades para se extrair as cópias de tão extensa compilação. Consta que as primeiras cópias destinaram-se aos Tribunais Superiores de Portugal.

A demora na tarefa de reprodução e os elevados ônus dela decorrentes foram mitigados com o aparecimento da imprensa portuguesa, em 1487.

Como já haviam decorrido mais de cinquenta anos da compilação em tela, fez-se necessária uma revisão processada, por ordem de D. Manuel, em 1505, pelo Chanceler-Mor Rui Boto, auxiliado por Rui da Grã e João Cotrim, tendo saído, em 1512, o Livro I das chamadas Ordenações Manuelinas e, em 1513, o Livro II.

Em 1514, foi feita uma impressão completa dos cinco livros das Ordenações Manuelinas que, em face do excesso de leis extravagantes, vieram a sofrer reforma definitiva em 1521.

Mais uma vez a pletora de leis extravagantes motivou nova reforma legislativa, ordenada por Felipe I, em 1589.

Em 1595, ainda sob o reinado de Felipe I, deu-se por encerrada a nova compilação, aprovada no mesmo ano, que só vigorou em 1603, no reinado de Felipe II.

Como as Ordenações Filipinas se encerrava o ciclo das Ordenações. Cada Ordenação se compunha de 5 livros. O Livro V encerrava o Direito Penal. O Livro V das Ordenações Filipinas continha 143 títulos.

O esboço histórico acima posto sugere que o Livro V das Ordenações Afonsinas vigorou, no Brasil de 1500 a 1514; o das Ordenações Manuelinas, de 1514 a 1603; e o das Ordenações Filipinas, de 1603 a 1830, quando surgiu o Código Criminal do Império.

Remarcada influência exerceu a religião católica na feitura das Ordenações, fluindo daí a confusão entre crime e pecado, de tal sorte que se incriminavam, entre outras condutas, a heresia, a blasfêmia contra Deus e os santos e a feitiçaria.

Não primavam as Ordenações por estabelecer uma proporção entre os crimes e as penas, o que as tornava excessivas e injustas, em muitos casos.

A sodomia, falta de natureza moral, hoje importante capítulo da Psicopatologia, era punida com a cremação do condenado até que se transformasse em pó. Castigo idêntico mereciam os praticantes de bestialismo.

Ao adultério aplicava-se a pena de morte, assim como a todo aquele que alcovitasse mulher casada na sua casa.

O escravo que matasse o seu senhor ou filho deste era atezado, tinha as mãos decepadas e morria na forca.

A graveza da punição dependia do estado social do criminoso, sendo um mesmo delito apenado mais suavemente se cometido por um nobre e, com mais severidade, caso o autor fosse um peão.

As penas infamantes, como a capela de chifres na cabeça do marido tolerante, eram arroladas entre as punições das Ordenações Filipinas.

A pena de morte mereceu grande ênfase nas Ordenações Filipinas, e a sua execução mais ou menos cruel dependia, em cada caso, de previsão legal.

Quatro eram as modalidades da pena capital:

1^a) a morte natural — o condenado expiava o crime e depois de enforcado no Pelourinho, a Confraria da Misericórdia sepultava o corpo;

2^a) a morte natural de fogo — consistia em queimar o sentenciado vivo, até ser transformado em pó;

3^a) a morte natural cruelmente — executada arbitrariamente a bel talante dos juizes e dos carrascos;

4^a) a morte natural para sempre — o condenado, após enforcado, ficava com o corpo exposto, e os seus ossos eram recolhidos pela Confraria da Misericórdia, em procissão, que ocorria no dia 1^o de novembro de cada ano.

Um dos mais belos sermões do Padre Antônio Vieira, intitulado «Ossos dos Enforcados», refere-se a tão bárbara usança.

A mutilação, as queimaduras com tenazes ardentes e os açoites completavam o rol das penas corporais. O confisco, empregado como pena principal e acessória, juntamente com as multas, exauriam o elenco das penas pecuniárias. O degredo para as galés assumia a feição de pena corporal e de restrição da liberdade.

Como pena restritiva da liberdade, aplicava-se, ainda, o degredo para fora da Vila e do Bispado, para o Brasil, para a África e Castro Marim.

É preciso dizer que o férreo sistema punitivo das Ordenações estava de acordo com o pensamento da época, ocorrendo que em outros países, como a Inglaterra, as reprimendas revestiam-se de maior grau de crueldade.

3.2.3 — O Código Criminal do Império (1830)

Toda vez que ocorre um fato político de relevo acarretando a alteração da estrutura constitucional do país, necessariamente as mudanças legislativas se fazem sentir, especialmente na esfera das leis penais.

No Brasil, com a proclamação da Independência, surgiu a Constituição de 1824, que traçou as linhas mestras do Código Criminal do Império, originado do Projeto de Bernardo Pereira de Vasconcelos, que, após aprovado pela Câmara e Senado, mereceu a sanção de D. Pedro I, em 16 de dezembro de 1830. As idéias liberais apregoadas por Beccaria influenciaram o legislador pátrio, abrandando o terrífico retributivismo insculpido nas Ordenações Filipinas. Entretanto, a pena de morte permaneceu intocada. Segundo os ditames legais, a pena capital era dada na forca, devendo o réu ser conduzido preso pelas ruas mais freqüentadas até o patíbulo, acompanhado, inclusive, do Juiz Criminal e do Porteiro que lia em voz alta a sentença. O corpo do enforcado, acaso pedido ao juiz, por parentes ou amigos, era entregue a estes. A mulher grávida não podia ser executada, senão quarenta dias após o parto.

O que mais influiu para a adoção da pena de morte foi o argumento segundo o qual essa era a única punição capaz de surtir efeito em relação aos escravos, considerados seres inferiores.

Debate de larga monta se travou no sentido de verificar a constitucionalidade da pena de morte, porque o art. 179, item 19, da Constituição de 1824 ordenava:

«Desde já ficam abolidos os açoites, a tortura, a marca de ferro quente, e todas as demais penas cruéis.»

Ora, a pena capital não pode deixar de se incluir entre as penas cruéis, mas prevaleceu o entendimento de que não havia afronta ao texto constitucional.

Recomendava-se a aplicação morigerada do castigo extremo e várias medidas foram impostas para evitar maiores impactos na sociedade como, exemplificativamente, o desmanchamento da força logo após a execução.

A pena de morte parecia não contar com o apoio da maioria da população, tanto que se tornou célebre o fato de nenhuma pessoa se achar com coragem de enforcar o Frei Caneca que foi, de acordo com a sua vontade, fuzilado.

A de galés, quando perpétua, era a mais severa pena privativa de liberdade. As demais penas prisionais adotadas eram: a prisão simples e a prisão com trabalho, que podiam se perpetuar.

Prevvia ainda o Código Penal de 1830 as penas de banimento, degredo e desterro. Os açoites, reservados aos escravos, deviam ser aplicados publicamente. A multa reforçava a lista das penas do Código Criminal do Império.

3.2.4 — O Código Penal de 1890

Com o advento da República, em 15 de novembro de 1889, sobreveio, a 24 de fevereiro de 1891, a primeira Constituição republicana, que em seu art. 72, § 21 decretou o fim da pena de morte no âmbito da lei penal codificada, *in verbis*:

«Fica, igualmente, abolida a pena de morte, reservada as disposições da legislação militar em tempo de guerra.»

Antes mesmo da edição constitucional, veio a lume o Código Penal de 1890, através do Decreto 847, de 11 de outubro. Antecipando-se à Lei Fundamental, o novo estatuto não inscreveu a pena de morte entre as sanções, mas se valeu da de banimento expurgada pela lei.

As penas estabelecidas no Código Penal de 1890 eram:

- a) prisão celular cumprida em estabelecimento especial, com isolamento e trabalho obrigatório;
- b) banimento que privava o condenado dos direitos de cidadão brasileiro e o proibia de habitar o território nacional;
- c) reclusão a ser cumprida em fortalezas, praças de guerra ou estabelecimentos militares;
- d) prisão com trabalho obrigatório a ser cumprida em penitenciárias agrícolas ou presídios;
- e) prisão disciplinar cumprida em estabelecimentos industriais especiais;
- f) interdição;

g) suspensão e perda do emprego público, com ou sem inabilitação para exercer outro;

h) multa.

O Código em foco, após enumerar todas essas penas, estranhamente e desprovida de melhor técnica legislativa, afirmava: «Art. 44: Não há penas infamantes».

A Constituição de 1891 não vedava as penas infamantes, nada impedindo que lei posterior ordinária as utilizasse.

Na vigência do Código de 1890 e das leis que o alteraram, não se têm notícias de penas de tal jaez que ficaram, portanto, definitivamente alijadas das leis penais brasileiras.

Sucessivas e severas críticas mereceu o diploma em tela, das quais decorreram várias leis que o modificaram. No entanto, foi considerada alta conquista de natureza humanitária a revogação da pena capital.

3.2.5 — O Código Penal de 1940 e a Lei 7.209, de 11 de julho de 1984

A Carta Constitucional de 1934 proibiu a pena de morte, o confisco e qualquer pena perpétua. Todavia, a Constituição de 10 de novembro de 1937 — que, segundo abalizadas opiniões, não chegou, com propriedade, a vigorar — restaurou a pena de morte no tocante a crimes não previstos na legislação penal militar, em sete hipóteses, sendo seis concernentes a crimes políticos. A sétima espécie de crime era o homicídio cometido por motivo fútil e com extremos de perversidade.

As mudanças dos rumos constitucionais determinaram a feitura do Código Penal de 1940, porém o permissivo constitucional, na prática, não gerou qualquer efeito, especialmente quanto ao homicídio, porque a nova lei não deu apreço à sanção capital.

As espécies de pena foram muito simplificadas, arrolando-se a reclusão e a detenção como privativas da liberdade, e a multa como pena pecuniária exclusiva.

A grande inovação desse Código residiu nas medidas de segurança que, para serem cumpridas, na sua maioria, reclamavam a edificação de vários estabelecimentos especializados.

A vontade do legislador caiu no vácuo tornando inexecúveis as medidas de segurança cuja eficácia não se conseguiu comprovar.

O ano de 1984 trouxe profunda reforma no estatuto de 1940, através da Lei 7.209, de 11 de julho. As medidas de segurança chegaram quase a desaparecer.

As penas de reclusão e detenção foram mantidas, mas a distinção entre elas é quase que formal; o exame criminológico determinado constitucionalmente, com o fim de individualizar a pena, é letra morta.

A maior novidade no sistema de penas foi a criação das restritivas de direitos: prestação de serviços à comunidade, interdição de direitos e limitação de fim de semana.

A multa, outrora sanção principal, passou a ser imposta como pena substitutiva, fixada em dias-multa, de valor variável, observados o mínimo e o máximo legais.

A pena de morte não está inserida nas alterações e continua proibida pela Constituição Federal.

4. *Perspectiva de Reforma Federal*

4.1 — Mudanças das leis penais

As normas penais, como os organismos vivos, obedecem a um ciclo vital que começa com o nascimento, passa por modificações e se extingue.

Os conjuntos normativos, inclusive as codificações, geralmente são editados com a pretensão de longa durabilidade, porém jamais se eternizam, por mais duradouros que possam ser.

A matéria-prima da qual se extraem as normas incriminatórias é fruto — pelo menos deve ser assim — da chamada antijuridicidade material.

Quando se estratifica no consenso popular que determinada conduta se apresenta como atentatória a bem ou interesse considerado fundamental, podemos afirmar sua antijuridicidade material que envolve um acentuado juízo de reprovabilidade.

Acolhida pela ordem jurídica, a reprovabilidade da conduta passa a ser antijurídica sob o aspecto formal. A antijuridicidade formal deve corresponder um lastro de antijuridicidade material.

As penas são decorrência insuprimível das normas de incriminação e variam de qualidade e quantidade na razão direta da gravidade do ilícito.

Para cada crime corresponde uma pena; mas determinado crime não está ligado indissolivelmente à mesma pena.

A conduta criminosa pode, assim, guardar a mesma estrutura descritiva, porém a pena está sujeita a variações quanto à espécie ou à qualidade e quanto ao grau ou quantidade.

As alterações nos elementos essenciais do crime e as modificações das penas são ditadas por critérios de Política Criminal, através dos órgãos que têm por missão captar os valores sociais e protegê-los das agressões capazes de conspurcá-los.

A avaliação das mudanças no campo penal constitui tarefa muito grave considerando-se, especialmente, as conseqüências para os destinatários das penas e, sobretudo, os reflexos nos níveis sempre flutuantes do equilíbrio social.

A opinião pública nos dias atuais sofre grande influência dos meios de comunicação, responsáveis pela criação de mitos e ídolos que desaparecem ou são destruídos de acordo com as conveniências dos senhores da mídia.

Nem sempre, portanto, a chamada voz do povo se apresenta como expressão de consciências livres, correndo o risco de se tornar massa de manobra dos que são movidos por frustrações, recalques e inconformismos que procuram dissimular, quando possível.

As mudanças das leis penais efetivadas sem maior reflexão certamente devem gerar efeitos desastrosos e contrários aos pretendidos.

Uma lei draconiana conduz à repulsa geral e leva os juizes a buscar fórmulas interpretativas que visam a desbordar as iniquidades dela decorrentes.

Assistimos, no momento, à edição de leis orquestradas em clima de verdadeira neurose coletiva, com o fito de proteger a natureza.

A incriminação de condutas irrelevantes e a apenação drástica de outras conduzem ao descrédito e à repulsa da lei.

Essas considerações nos parecem oportunas, mormente quando a sociedade assiste à discussão sobre a ressurreição da pena capital no Brasil sob o enfoque apressado e sensacionalista de muitos órgãos de comunicação social.

4.2 — O panorama da sociedade brasileira e a lei penal

A sociedade brasileira vive uma época de transição já enfrentada por muitos países, como os da Europa, dentro de um quadro fenomênico movediço e complexo.

As tradicionais causas de criminalidade se intensificaram despontando outras, que são próprias do estágio civilizatório da humanidade como um ente global.

As novas conquistas da ciência e da tecnologia, se por um lado melhoraram as condições de vida no planeta, trouxeram, por outro, um sem-número de efeitos indesejáveis.

Como decorrência das profundas mutações produzidas, registram-se alterações das formas de vida e dos padrões comportamentais legados pelas gerações coevas.

Um dos mais antigos flagelos da humanidade, que concorre para a degradação do indivíduo e da sociedade, é, sem dúvida, o uso de substâncias entorpecentes que causam dependência física ou psíquica.

As toxicomanias afetam pessoas das mais diferentes classes e não incide em erro quem afirma que os viciados se nivelam por baixo.

A nossa História registra o caso de Carlota Joaquina, mulher de D. João VI, consumidora de maconha que lhe era fornecida pelo escravo Filisbino.

A maconha ou diamba, com seus efeitos alucinógenos, mais acentuados no período de floração herbácea, leva à despersonalização e à prática de crimes patrimoniais violentos ou contra a vida e integridade física das pessoas, contribuindo ainda para diminuir a força de trabalho produtivo.

O uso de cocaína, capaz de determinar efeitos mais perniciosos do que a diamba, está sendo incentivado com elevada intensidade no Brasil.

Os narcotraficantes internacionais elegeram o Brasil não apenas como novo pólo consumidor, mas como sede de suas atividades de fabricação de drogas e corredor de exportação.

A chamada indústria do seqüestro está na ordem do dia, dirigida por quadrilhas organizadas, que agem dentro e fora dos presídios.

O seqüestro, ou melhor dizendo, o crime de extorsão mediante seqüestro, dissemina o pavor no seio da família e estabelece um estado de coação invencível no seio desta, além de ser uma das práticas criminosas que mais estimula a cobiça dos que são inclinados ao exercício dos crimes patrimoniais.

Os assaltos a mão armada, praticados à luz do dia, em logradouros públicos ou no recesso dos lares, às vezes seguidos de estupros, constituem uma triste rotina que apavora a população indefesa.

As invasões de imóveis rurais e urbanos, orquestradas por políticos inescrupulosos ou por clérigos da chamada Igreja Católica Progressista, semeiam a desordem pública e afrontam as autoridades já acovardadas e omissas.

Somam-se às conseqüências nefastas desse vandalismo infrene a pilhagem e destruição dos centros que produzem alimentos, o embargo ao livre exercício do trabalho e a luta fratricida que leva à desgraça e ao luto.

O pânico tomou conta das pessoas, e a neurose do medo retrata um quadro de desespero dos cidadãos que não sabem o que fazer, ou a quem recorrer, para salvaguardar suas vidas, assim como outros bens valiosos.

Os crimes violentos têm suscitado o debate em torno de mudanças radicais no Código Penal e em leis extravagantes.

As recentes alterações incorporadas ao Código Penal de 1940, por condução da Lei 7.209, de 11 de julho de 1984, afrouxaram o sistema repressivo, talvez sob a inspiração de idéias que atribuem feição mais utilitária às penas.

O público e mesmo os que militam na área penal não podem comprovar a excelência da reforma, porque, na prática, está inviabilizada sua execução.

A falta de estruturação de todos os órgãos e mecanismos propostos na nova lei ocasionou, até agora, sua ineficácia.

Aventurar uma visão prospectiva sobre o êxito das inovações, considerando hipoteticamente atendidas todas as exigências nelas contidas, mais pareceria exercício de futurologia, prática divinatória, irresponsável.

Concretamente, a nova lei nada trouxe de positivo no sentido de obstaculizar a violência que aterroriza a sociedade.

O anúncio de uma lei capitulando os chamados crimes hediondos mereceu muito destaque da imprensa. Promulgada a lei, nada de positivo, no sentido de conter a criminalidade violenta, mereceu registro.

Recrudescer com isso e em razão do continuado aumento dos índices de violência o apelo à reimplantação da pena de morte, apontada como solução redentora.

A matéria tem ocupado cotidianamente os meios de divulgação de notícias, alardeando-se, entre opiniões desencontradas e muita balbúrdia, suposta tendência majoritária no sentido de embutir a pena extrema no Código Penal e nas leis extravagantes que tratam de crimes comuns.

No afã de manter, conseguir ou elevar os chamados níveis de audiência, os órgãos de comunicação acendem polêmicas intermináveis, nada conclusivas, em torno do assunto.

Projetam-se, durante horas a fio, quase diariamente, entrevistas ou mesas redondas nas quais, comumente, muito se fala, pouco se diz e menos se sabe sobre o questionado.

A opção por tema tão grave não deve ser orientada tomando-se por norte o que ressuma de opiniões alvoroçadas, vazias e lançadas com propósitos nada sinceros, tão ao gosto dos mais grosseiros exibicionismos semeados para acudir causa própria.

A exacerbação de um estado passional coletivo, com fundo histérico e inconsciente, não legitima a escolha que possa ser feita a propósito de qualquer matéria, pois não teremos o reflexo de opiniões imparciais e equilibradas.

A consulta plebiscitária a respeito da pena de morte, anunciada com muito estardalhaço, tem sofrido a oposição daqueles que acham esse caminho perigoso e sem amparo constitucional.

O perigo reside em que, acaso prevaleça a via da consulta popular, na situação atual, a opinião pública não se encontra suficientemente esclarecida para optar com pleno conhecimento de causa.

Sob esse enfoque a assertiva é verdadeira.

Há segmentos muito interessados em impedir a colocação da pena máxima.

Reconheçamos nesse bloco os que combatem a idéia de boa-fé e com convicção, enquanto outros agem na salvaguarda de interesses próprios, embora uns usem indebitamente o nome de Cristo — na condição de candidatos em potencial para receber o castigo extremo.

4.3 — Opiniões e argumentos sobre a pena de morte

4.3.1 — Opiniões e argumentos favoráveis

O primeiro teórico que justificou a imposição da pena de morte foi Platão.

Considerava ele que o criminoso irrecuperável é nocivo ao organismo social, podendo contaminar outros indivíduos com o seu comportamento abominável.

A vida para esses elementos desviados é imerecida e, contra o risco de contaminação da sociedade, o remédio adequado é a pena de morte.

Enquanto Platão cogitava da pena capital como meio de defesa da sociedade, aplicável aos criminosos irrecuperáveis, a pena de morte constitui prescrição bíblica contra o homicídio e a pederastia.

No Livro Êxodos, 21, versículo 12, está escrito:

«Quem ferir causando a morte, certamente morrerá.»

O Apocalipse, 13, versículo 10, registra:

«Se alguém matar à espada, necessário é que seja morto à espada.»

No Levítico, 20, versículo 13, encontra-se estampado:

«Quando também um homem deitar com outro homem como se fosse este mulher, ambos fizeram abominação; certamente morrerão.»

O autor mais citado pelos adeptos da pena de morte é Santo Tomás de Aquino. A justificativa do filósofo e santo sustenta que todo o poder de vida e de morte sobre homens pertence a Deus, que o transfere aos governantes aos quais cabe a missão de dirigir e zelar pela ordem, podendo, então, castigar todo aquele que a despreza e, se necessário, eliminá-lo.

Conhecido e muito citado o seu célebre símile segundo o qual, assim como é conveniente amputar um membro gangrenado do corpo para salvar a vida e a saúde de alguém, também é lícito eliminar o criminoso, através da pena de morte, para deixar a salvo a sociedade.

No *Contrato Social*, Rousseau advoga a licitude da pena extrema justificando que, quando o indivíduo adere ao pacto social, concede à sociedade o direito de impor penalidades, desde que o particular pratique o ato ofensivo ao grupo societário.

Sob sua ótica, o malfeitor, atacando o direito, equivale a um traidor e deve ser executado considerando-se menos a sua condição de cidadão e mais a de inimigo.

Montesquieu considera a pena de morte como um remédio que deve ser aplicado a um doente que, no caso, é a própria sociedade ofendida com o delito.

O Papa Pio XII justificou a pena de morte perante o 1º Congresso Internacional de Histopatologia do Sistema Nervoso, em setembro de 1952, com as seguintes palavras:

«mesmo quando se trata de execução de um condenado à morte, o Estado não dispõe do direito do indivíduo à vida. Ao Poder Público está reservado, então, privar o condenado do bem à vida, em expiação dum crime, uma vez que por este ele se desapropriou do direito à vida». (Levy Júnior, Mauricio, *Comentários a propósito da pena de morte*, *Revista dos Tribunais*, v. 626, págs. 410-417, dez. 1987)

Um dos argumentos mais usados para justificar a pena de morte consiste em afirmar sua grande força inibidora sobre o ânimo dos que são propensos ao crime.

Entende-se que, ao ser prevista na lei, a pena capital exerce uma intimidação sobre todas as pessoas da sociedade, sem se voltar especificamente a qualquer delas. Cometido o crime e aplicada a pena, o exemplo do caso concreto reforça na mente de todos a ameaça abstrata.

O efeito intimidatório da pena capital é por demais contestado. O insigne Magalhães Noronha não acreditava no poder de intimidação da morte oficial, apoiando-se em Sutherland, autor de *Princípios de Criminologia*.

Atente-se para o texto ora transcrito:

«Aponta o eminente criminólogo norte-americano fatos como estes: a taxa de homicídios nos Estados que autorizam a pena de morte é o dobro da apresentada pelos que a aboliram, verificando-se o mesmo, embora com menos diferença, em Estados vizinhos ou da mesma região; que, nas circunscrições territoriais que a aboliram, não se verificou qualquer aumento de criminalidade; finalmente, que na própria Europa o número de homicídios é menor nos países que não adotam esse meio repressivo. Noronha, E. Magalhães, *Direito Penal*, v. I, 23ª ed., São Paulo, Saraiva, 1985, pág. 369)

Outra opinião favorável à pena total a considera como o único meio para eliminar indivíduos incapazes de readaptação social.

Pondera-se, em sentido contrário, que o argumento não procede porque parte de um pressuposto que repousa em juízo impossível de provar, qual seja, a irrecuperabilidade de determinados indivíduos.

Replicam os defensores do argumento que há criminosos verdadeiramente irrecuperáveis e facilmente identificáveis quando analisadas as suas condutas na sociedade. O crime para eles, mais que um meio de vida, constitui verdadeira vocação.

Não se pode dizer que tais indivíduos sejam perfeitamente normais, mas titulá-los de loucos, ainda que considerável número deles possa ser assim enquadrado, é, no mínimo, descambar para o terreno das generalizações inconsistentes e levianas.

Há outro argumento de aparência humanitária que considera a pena de morte como medida apta para evitar o sofrimento físico e moral dos condenados em caso de prisão perpétua.

A matriz desse pensamento pode ser atribuída à afirmação de Gabriel Tarde, corifeu da *Terza Scuola*, segundo a qual:

«É melhor fazer morrer sem fazer sofrer do que fazer sofrer sem fazer morrer.»

Contraditam os opositores do mestre francês que a proposição para ser verdadeira deveria inverter seus termos, porque a vida, por mais miserável que seja, é, na maioria dos casos, preferível à morte.

O dito sentencioso enfocado, segundo crítica mais azeda, é despidido de consistência científica, constituindo mera frase de efeito que apenas soa bem nas tertúlias literárias.

4.3.2 — Opiniões e argumentos contrários

Quando se fala na abolição da pena de morte, a opinião de Beccaria é uma das mais invocadas. Segundo ele, não há poder terreno ou ultraterreno que conceda ao homem o direito de matar seu semelhante.

Poucas vezes, porém, se diz que Beccaria admitiu o castigo supremo em duas hipóteses:

- a) quando um líder político exerce grande influência, a ponto de colocar em perigo o governo constituído;
- b) quando a pena de morte seja único freio capaz de desestimular o crime organizado.

Nos dias atuais, inúmeros países adotam a pena de morte no primeiro caso.

Quanto ao crime organizado, não temos notícia de país que o trate, com exclusividade, no sentido de puni-lo com a pena de morte.

No auge da Revolução Francesa, Robespierre, um dos seus maiores líderes, verberou contra a pena de morte, pronunciando discurso famoso no Parlamento Francês.

Pretendia provar que a pena de morte é essencialmente injusta e, ao invés de evitar os crimes, contribui para multiplicá-los.

Além de não conseguir provar o pretendido, Robespierre, posteriormente, caiu em desgraça e foi condenado à morte.

Santo Agostinho, considerado um criminólogo moderno, achava legítima a apenação dos delinquentes com o propósito de recuperá-los através do trabalho.

O poeta e escritor Victor Hugo afirmou que a pena de morte pressupõe um juiz infalível e ofende três coisas reservadas a Deus: *o irrevogável, o irreparável e o indissolúvel*.

O maior penalista brasileiro de todos os tempos, Nelson Hungria, em artigo publicado em defesa de Caryl Chesman, profligou acerbamente o castigo em comento, asseverando:

«com a pena capital, o governo da sociedade imita a criança insofribil e insofribil: não podendo compreender o brinquedo que tem em mãos, desconjunta-o e inutiliza-o.» Hungria, Nelson. (Um condenado à morte», *Revista Jurídica* n. 38, págs. 5-10)

Atribui-se à pena total efeito degradante e antipedagógico, porque lhe falta estofo de moralidade ao pretender corrigir a violência com a violência, além de não apresentar qualquer valor educativo.

Conta-se alhures que, por ocasião das execuções, os ladrões agiam contra os espectadores preocupados em não perder os menores lances do grotesco e brutal espetáculo.

O argumento, retrucam os partidários do castigo examinado, comprova a assertiva de que há criminosos que não se deixam intimidar e são, por tendência inata, irrecuperáveis, sendo a pena de extermínio um meio de defender a sociedade e evitar as elevadas despesas de manutenção no cárcere.

Recomenda-se a abolição da pena de morte à invocação de que ela nega a Justiça e não reconstitui a ordem jurídica violada, representando estúpida eliminação de um ser humano.

A essas críticas contrapõe-se que a Justiça, na espécie, não é negada, mas reafirmada, sendo obsoleta a teoria que aponta a pena como meio de reconstituição da ordem. Ademais, não se pode considerar humano quem age sem um mínimo de humanidade.

A inviolabilidade da existência humana tem sido outro argumento alevantado contra o castigo letal.

Contra-argumenta-se que o violador da existência alheia apenas fisicamente se assemelha ao ser humano e compete ao Estado, em nome da sociedade, exterminá-lo como ato de profilaxia social.

O fato de a pena de morte ser destrutiva e não permitir a emenda ou ressocialização do delinquentes tem-se como ponto altamente negativo. Os teóricos humanistas que pregam a dupla finalidade da pena avalizam essa posição.

Negar a dupla finalidade da pena seria desconhecer os maiores avanços no campo das idéias penais, mas pretender recuperar o irrecuperável é próprio

dos menos avisados possuidores de uma inocência pueril. Assim, o argumento antecedente tem sido recusado.

Quando aplicada injustamente, a morte legal não enseja reparação posterior, eis o embargo mais ponderável contra a pena capital.

Trata-se, no caso, do terrível espectro do erro judiciário, inspirador de belíssimas páginas de juristas do mundo inteiro.

Graças a um erro judiciário, ocorrido em Macaé, Estado do Rio de Janeiro, D. Pedro II passou a impedir a pena de morte, no Brasil.

O erro levou à forca o fazendeiro Manuel Mota Coqueiro, acusado de mandar matar, por dois escravos seus, o colono Francisco Benedito e sua família.

A versão condenatória atribuía o crime a um ato de vingança, porque a vítima não aprovava o romance de sua filha com o mandante.

A Fera de Macaúba, como passou a ser chamado o suposto autor intelectual da chacina, após condenado pelo júri popular, foi executado.

Passado algum tempo, descobriu-se que a verdadeira mandante dos homicídios fora a mulher de Mota Coqueiro.

A condenação injusta, à pena de prisão, em Araguari, Minas Gerais, dos irmãos Naves, Joaquim e Sebastião, acusados de latrocínio contra Benedito Pereira Cactano, constituiu outro clamoroso erro judiciário. É que passados cerca de 9 anos, o morto reapareceu. A esta altura, Joaquim já havia falecido no cárcere.

Esses dois casos, por demais conhecidos na História do Direito Penal Brasileiro, geralmente são reportados, quando o assunto se refere a erro judiciário.

O argumento não fica sem resposta.

Entre nós, o advogado Augusto Dutra Barreto, em artigo intitulado «Pena de Morte e Direitos Humanos», convida que se reflita sobre o assunto considerando:

a) além do juiz e da defesa, há nos processos a presença do Ministério Público zelando pela perfeita aplicação da lei e pela certeza da existência do fato e da autoria;

b) se a morte é irreparável, a prisão também o é;

c) se o medo de incorrer em erro devesse impedir de agir, toda a vida humana ficaria paralisada. (Barreto, Adalberto, «A favor da pena de morte», *Revista Brasileira de Criminologia*, n. 6, págs. 33-34, jan./mar./1949)

Entre todos os argumentos contrários ao castigo extremo, o erro judiciário continua a ser o que mais impressiona.

5. Visão Prospectiva de Pena de Morte na Codificação Penal

5.1 — A falência da pena de prisão

Evidente que a sociedade brasileira se encontra insegura e presa em suas casas, que se transformaram em cárceres voluntários, com grades de ferro chumbadas, alimentando o propósito de evitar a violência.

Enquanto isso, pregoeiros de falsos direitos humanos se esmeram em defender marginais perigosos e criminal autoridades ou seus prepostos, quando não concedesse àqueles delinquentes privilégios negados aos cidadãos de bem, ordeiros e trabalhadores.

Criam-se órgãos de defesa de direitos humanos para proteger indivíduos repulsivos que se distinguem, exatamente, pela falta de um mínimo de humanidade.

A pena prisional, no plano concreto, quase não tem aplicação, em face dos benefícios e privilégios legais concedidos aos condenados.

A Política Criminal da moda, ao sopro de um humanismo capenga, tem-se exacerbado no sentido de preconizar a quase extinção da pena prisional, sem apontar substitutivos penais exeqüíveis.

A fecundidade mental de certos teóricos do absurdo engendra estabelecimentos sem grades e exige espaços vitais nas cadeias e penitenciárias, bem superiores aos de que podem dispor os lares humildes, mas honestos.

Aos condenados outorgam-se direitos — *alimentação, vestuário, trabalho remunerado, previdência social, recreação, lazer, etc* — benesses que inexistem para os trabalhadores desempregados ou mesmo para os que trabalham.

Não se pretenda, nem de longe, pensar que as recriminações feitas aos excessos e irrealismos constituam panegírico aos férreos quão abstrusos regimes penitenciários do passado, ou voto contrário às tendências humanizadoras da execução penal.

O cárcere tem sido a forma mecânica tradicional de segurança de execução penal e seus efeitos, como bem sabido, jamais levaram à reeducação ou ressocialização. Tem acontecido o inverso, ou seja, a prisão degrada e corrói mais ainda o homem.

Há de se reconhecer a total falência da execução penal clássica no sentido de evitar a reincidência.

O egresso da penitenciária, comumente, transcorridos mais ou menos dias, torna a delinquir e, enquanto vive, alterna períodos de liberdade com estágios nas prisões, acumulando condenações cujo cumprimento só a imortalidade ensinaria.

A prisão, portanto, sempre esteve muito longe de contribuir para o processo de aprendizagem social, mas procurar extingui-la, na vã esperança de recuperar criminosos emperdenidos, é deixar a segurança social à matroca.

Teorizar sobre o tema, imaginando um elevado nível de formação profissional e moral dos funcionários das prisões, atribuindo-lhes o dever de estabelecer um excelente relacionamento com os presos, calcado em provas recíprocas de confiança e amizade, constitui algo distante da erna realidade.

A capacitação dos funcionários dos estabelecimentos penais sempre esteve na pauta das cogitações e das reclamações, mas tal meta não tem sido perseguida.

Recomendar a utilização de modernas técnicas psicológicas necessárias à aquisição de eficaz aprendizagem social — *aprendizagem intelectual, instrução, formação e sobretudo mudança do comportamento* — é altamente louvável e outro tanto inexecutável, por falta de recursos materiais.

A humanização do cárcere, sumamente necessária, deve ser compreendida em termos, compatibilizando-se essa exigência com a adequação de modos e a disponibilidade de meios.

Sumamente deletéria a tendência de, a pretexto de humanizar o sistema penal, quebrar os freios disciplinares das prisões e pretender transformá-las em casas de ócio de natureza turística.

O desvelo para com os sentenciados não pode postergar o dever de assistência às vítimas e seus familiares. Proceder desse modo, como, aliás, vem ocorrendo, significa, isto sim, flagrante violação dos direitos humanos.

A manutenção da pena prisional se impõe, sem abrandamentos demagógicos, pelo menos como medida cautelar no sentido de segregar os que demonstram falta de condições para viver em sociedade.

As oportunidades legais que restringem a prisão processual e tolgem a efetiva execução das penas prisionais fragilizaram os meios de defesa da sociedade e ignoraram o princípio da inderrogabilidade penal que prega a certeza da pena.

À prisão em flagrante de autores de crimes revoltantes, segue-se o imediato relaxamento da medida constritiva, em plena crepitação do clamor público.

Aos olhos da população surge a visão de absoluta e revoltante impunidade, enquanto os profissionais do crime se sentem estimulados e infensos às penas legais.

A repercussão desses fatos cria imagens muito negativas da Polícia e especialmente da Justiça.

Pululam refrões populares que traduzem a descrença do cidadão comum nas instituições que devem proteger a sociedade, tais como a *polícia não prende ninguém; não adianta, a Polícia prende, mas a Justiça solta*.

Os marginais sentem-se confiantes porque experimentam a impunidade e recebem o apoio das sociedades protetoras dos direitos humanos, tão em moda em nossos dias.

O político inescrupuloso aproveita a oportunidade para captar eleitores e auferir recursos da marginalidade.

O crime e a contravenção marcaram presença no cenário político, financiando candidatos não declaradamente ligados ao mundo do crime. Hoje, marginais notórios integram a classe política.

A proliferação da impunidade aumenta o caldo de cultura da ilicitude penal.

A sociedade vive em permanente estado de alerta, apavorada, indefesa, com medo de denunciar crimes e sofrer represálias.

A imprensa, agora considerada o quarto poder, desvirtua o seu papel de bem informar e gera imagens de criminosos que prestam declarações detalhadas de torpes práticas, como se o fizessem de fatos naturais ou elogiáveis. A imprensa, sem dúvida, se inclui entre os mais ponderáveis fatores criminógenos.

O bosquejo desse quadro caótico ressalta a inocuidade dos mecanismos de defesa penal usados e decreta a falência da prisão cuja efetividade, como demonstrado acima, está por demais contida.

5.2 — A inadequabilidade da pena de morte em face do caráter nacional

A reformulação da Carta Magna brasileira constitui a única porta de entrada para a reimplantação da pena de morte.

O assunto mereceu um projeto do Deputado Federal Amaral Neto, do PDS do Rio de Janeiro, que, através da via plebiscitária, pretende reintroduzir a pena capital no País.

No momento, esse projeto teve sua marcha retardada, pelo acolhimento de outro projeto do qual resultou a devolução daquele à Comissão de Constituição e Justiça.

A pena total encontra eco na opinião do cidadão comum, mas as informações que moldam esse entendimento não estão alicerçadas nos aspectos fundamentais do assunto.

A decisão em torno de tema de tão grave monta não comporta açodamento, sendo preciso considerar, sobretudo, qual a finalidade visada pela pena de morte.

As variantes cogitadas aglutinam-se em torno do finalismo da pena, segundo várias correntes opinativas.

A primeira considera a pena capital dirigida com o propósito de eliminar o criminoso, sem visar a qualquer outro resultado que não o de evitar a morte de pessoas inocentes.

A solução é tida como excessivamente drástica e de cunho taliônico, porque não permite sequer seja considerada a possibilidade da recuperação do criminoso primário.

A segunda prevê a aplicação da pena de morte para os crimes contra a vida e outros considerados hediondos, como o seqüestro e o estupro seguido de morte, verificando-se a reincidência genérica ou específica. Implicitamente, essa opinião demonstra não acreditar na ressocialização do reincidente.

A terceira admite a pena de morte para castigar, a curto prazo, os autores de crimes graves e violentos, a fim de evitar as agressões contra os demais cidadãos, implementando-se providências que, a longo prazo, impediriam a eclosão de crimes.

As medidas de longo prazo visariam à purificação dos costumes e ao levantamento do nível moral da sociedade.

A quarta julga a pena capital como novidade no Brasil, a qual teria grande poder dissuasivo no ânimo de quantos propensos a delinquir.

Consideradas todas essas correntes, entendemos que a pena de morte, no Brasil ou em qualquer outro lugar, simplesmente impediria os seus destinatários de praticarem, como é óbvio, qualquer outro ilícito penal.

Atribuir-lhe, porém, o condão de resolver o problema da criminalidade violenta constitui nítido equívoco, mesmo porque o crime é mero resultado de causas múltiplas de variada natureza.

A lei que rege a causalidade não ensina que retirando os efeitos desaparecem as causas, mas, dentro de sua irretorquível lógica, inverte os termos da proposição.

O ditério que afirma ter o povo memória curta assume os foros de verdade a propósito da pena total. Basta lembrar que ela vigorou, no Brasil, durante quase quatrocentos anos e nada resolveu.

A ressurreição da pena de morte equivale à volta do uso de velho remédio que se mostrou ineficaz, no passado, para combater a mesma doença no presente.

O mestre Nelson Hungria registra pensamento semelhante, com invulgar precisão:

«o legislador tem-se lembrado de retirar do 'museu histórico nacional' a pena de morte, sabe-se, de antemão, que isso não valerá mais que o gesto de colocar um velho trabuco na panóplia que adorna a parede». (Hungria, Nelson, «A pena de morte no Brasil», *Revista Brasileira de Criminologia e Direito Penal*, n. 17, págs. 7-20, abr./jun./1967)

A vocação pacífica e a emotividade, características marcantes do caráter nacional brasileiro, não se ajustam à realidade cruenta da execução da pena de morte.

A moldura sócio-política e econômica do nosso País não se compatibiliza com as soluções adotadas em outras terras, pois nem sempre o que pode ser bom para os outros nos serve.

Não é demais lembrar que o desenvolvimento e a criminalidade andam juntos. A criminalidade tem feição sócio-política ligada ao desenvolvimento e às condições de vida individuais ou coletivas.

O desenvolvimento, quando planejado, propicia a justiça social e quando não o é, marginaliza o cidadão, permite a distribuição injusta das riquezas, frustra os ideais de progresso, mutila a liberdade, gera inconformismos e fomenta a violência.

O desenvolvimento planejado visa à melhoria dos desempenhos em todos os setores da sociedade, não se restringindo ao aspecto puramente econômico, tão ao gosto do capitalismo selvagem.

O combate real à criminalidade, enfatizamos mais uma vez, não se faz visualizando o crime, produto terminal dos desgostamentos da sociedade e dos indivíduos.

A pena não pode ser considerada como medida capaz de solver esse problema, e a retorsão da violência, principalmente através da pena de morte, também não resolverá o crime, como pensam alguns.

A inclinação para o crime, aspecto negativo do ser humano, não desaparecerá da face da terra, devendo o Estado atacar suas causas mais profundas, com medidas enérgicas, mas justas, considerando que «o homem é a medida de todas as coisas», e o bem comum, o ideal supremo.

6. Conclusões

1 — As penas surgiram como retorsão ao mal que alguém praticara contra outrem, constituindo mera vingança.

2 — A quebra da paz social, após a organização das sociedades, ensejou a aplicação das penas através da autoridade ou de seus representantes.

3 — A finalidade das penas é triplíce:

a) retributiva;

b) preventiva (prevenção geral e especial);

c) mista (retributiva e preventiva).

4 — A pena de morte, por natureza, é exclusivamente retributiva e vindicativa.

5 — o estudo da legislação penal de um país, quando se pretende conhecê-la ou reformá-la, deve considerar o ordenamento jurídico do passado que reflete a tessitura dos valores e suas graduais mudanças.

6 — As codificações penais portuguesas aplicadas no Brasil (Livro V das Ordenações do Reino) apresentavam caráter retributivo, segundo a concepção reinante, e se socorreram abusivamente da pena capital.

7 — As codificações penais brasileiras, salvo o Código Criminal do Império, foram moldadas segundo a concepção mista, daí a adoção da pena de morte no regime monárquico.

8 — O sistema das penas, na atualidade, se apresenta frágil e dúctil, emergindo a necessidade urgente de reformá-lo.

9 — Em meio a tal quadro, a pena de prisão sofreu grandes golpes, afrontando-se, dessarte, o princípio da inderrogabilidade penal.

10 — A invocação frontal da reforma reclamada consiste na reimplantação da pena capital.

11 — Os debates que se travam sobre o tema, geralmente, pecam pela vacuidade e sensacionalismo.

12 — A pena de morte não se afeiçoa ao modelo de sistema de penas consagrado no Brasil, calcado nos valores eleitos pelo nosso povo.

13 — A pena de morte não teria vigência exitosa porque dela não resultariam os efeitos esperados.

14 — A criminalidade violenta é fruto do desenvolvimento não planejado, no qual prevalece a ordem econômica em detrimento das demais.

15 — A planificação do desenvolvimento promove a justiça social, diminuindo os níveis de desajustamento social e individual.

16 — O homem merece ser considerado como ponto de partida e de chegada, quando se pensa no desenvolvimento; sua segurança não pode repousar nos processos violentos, como a pena de morte.

Bibliografia

- BARRETO, Adalberto *A favor da pena de morte*. Revista Brasileira de Criminologia. n. 6, págs. 33-34, jan./mar. 1949.
- BARRETO, Augusto Dutra, *Pena de morte e direitos humanos*, Justitia, v. 120, págs. 215-217, jan./mar. 1983.
- BERISTAIN, Antonio, *Hacia el abolicionismo de la sanción capital em España*. Revista de Informação Legislativa, n. 98, págs. 169-234, abr./jun. 1988.
- CARVALHO NETO, Antonio Gonçalves, *Juízes e pena de morte*. Decisão — Revista de Cultura da Associação Paulista de Magistrados, n. 2, abr. 1986.
- CASTRO, José Carlos. *A pena de morte na França*. Revista do Tribunal de Justiça do Estado do Pará. Belém, v. 18, págs. 45-67, 1979.

- CÓDIGOS penais do Brasil — evolução histórica. Coordenação: José Henrique Pierangeli, 1ª edição. Bauru-SP. Edição Javoli, 1980, pág. 770.
- COUTINHO, Roisele Alaor Metzker. NEVES, Serrano, Editora Forense, 1ª edição, Rio de Janeiro, 1980.
- DOBROWOLSKI, Silvio. *A pena. Considerações acerca de propostas pela sua reintrodução no país*. Arquivos do Ministério da Justiça n. 162, págs. 131-145, abr./jun. 1982.
- Doutrina Escola Superior de Guerra* — Rio de Janeiro — 1989 — pág. 337.
- FERREIRA, Manoel Cavaleiro. *Direito Penal português*. Editorial Zerbo. 1981.
- FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Pena de Morte*. Revista Brasileira de Criminologia e Direito Penal, n. 17, págs. 41-58, abr./jun. 1967.
- GONZAGA João Bernardino. *O Direito Penal indígena*. São Paulo. Editora Max Limonad, pág. 182.
- HUNGRIA, Nelson. *A pena de morte no Brasil*. Revista Brasileira de Criminologia e Direito Penal, n. 17, págs. 7-20, abr./jun. 1967.
- . Um condenado à morte. Revista Jurídica, n. 38, págs. 5-10.
- JACQUES Paulino. *Pena de morte e colônias correcionais*. Revista de Informação Legislativa, n. 82, págs. 131-134, abr./jun. 1984.
- JESUS, Damásio Evangelista de, MENNA BARRETO, João de Deus, DOTTI, René Ariel. *Violência e criminalidade propostas de solução*.
- Lições sobre a pena e seu cumprimento em face do novo Código Penal*. RT 482/280.
- LOPEZ-REY, Manuel. *Panorama geral da pena de morte como sanção legal*. Revista de 19. Direito Penal e Criminologia, n. 32, págs. 79-87, jul./dez. 1981.
- MINISTÉRIO DA JUSTIÇA (Brasil). *Relatório dos Grupos de trabalho de juristas cientistas sociais*. Criminalidade e violência. Brasília, 1980, pág. 230.
- MIRABETE, Júlio Fabbrini. *Manual de Direito Penal*. 4ª edição, Editora Atlas, págs. 36-48, págs. 244-250.
- MORAES, Benjamin. *A evolução do pensamento anglo-americano sobre a pena de morte*. Revista Brasileira de Criminologia e Direito Penal, n. 6, págs. 87-98, jul./set. 1964.
- MORAES, Raílda Saraiva de. *Desenvolvimento e criminalidade*. Impresso Universitário do CE — 1979-ed. única — 220 págs.
- NORONHA, E. Magalhães. *Direito Penal*. V. I, 23ª edição. São Paulo-SP. Editora Saraiva. 1985, pág. 369.
- NUNEZ, Padre David. *La pena de muerte frente a la Iglesia y al Estado*. Buenos Aires. TALLERES-GRÁFICOS ABECE. 1956, pág. 221.
- PINHO, Ruy Rabelo. *História do Direito Penal brasileiro*. 1973. São Paulo-SP. José Bushatsky Editor. 1973, pág. 201.
- REALE, Miguel. *O Direito como experiência*. Editora Saraiva, 1968, págs. 277-287.
- REY JÚNIOR, Maurício. *Comentários a propósito da pena de morte*. Revista dos Tribunais, v. 626, págs. 410-417, dez. 1987.
- RIBEIRO, C. J. de Assis. *História do Direito Penal brasileiro*. V. I. Rio de Janeiro. Lurane Editora Zelio Valverde. 1943, pág. 208.
- SILVA, Nuno Espíndola Gomes da. *História do Direito português*. Lisboa. Associação Acadêmica da Faculdade de Direito de Lisboa. 14/01/82, págs. 337-502.
- SILVEIRA, Alípio. *Abolição da pena de morte na Inglaterra*. Revista Forense, v. 166, págs. 443-444, jul./ago. 1956.

Doutrina

- SOARES, Orlando. *Pena de morte*. Revista de Informação Legislativa, n. 102, págs. 275-294, abr./jun. 1989.
- SUEIRO, Daniel. *La pena de muerte: cerimonial, história, procedimentos*, Espanha. Alianza Editorial Madrid Ediciones Alfaguara. 1974, pág. 403.
- TUCUNDUVA, Rui Cardoso de Mello. *A pena de morte nas Constituições do Brasil*. Justitia. São Paulo-SP, v. 93, abr./jun. 1976.